



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

EDUARDO JANNUZZI MARTINS OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO: Análise doutrinária da
responsabilidade do agente infiltrado em face da Lei 12.850/2013.**

**Brasília – DF
2018**

EDUARDO JANNUZZI MARTINS OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO: Análise doutrinária da
responsabilidade do agente infiltrado em face da Lei 12.850/2013.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. José Theodoro Corrêa de Carvalho.

**Brasília – DF
2018**

EDUARDO JANNUZZI MARTINS OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO: Análise doutrinária da
responsabilidade do agente infiltrado em face da Lei 12.850/2013.**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. José Theodoro Corrêa de
Carvalho

Brasília, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

Professor José Theodoro Corrêa de Carvalho

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

O presente trabalho analisou doutrinariamente a responsabilização do agente infiltrado, em face à Lei 12.850/2013. A Segurança Pública, como um dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, precisa de dispositivos e instrumentos que a efetivem. Um desses dispositivos consiste na evolução de técnicas especiais de investigação e levantamento de provas, que possam garantir a efetividade da persecução penal - o agente infiltrado. A investigação jurídico-descritiva apresentou a Lei 12.850/2013 à luz de alguns doutrinadores constitucionalistas e neoconstitucionalistas, bem como a evolução conceitual das organizações criminosas e as consequências morais, econômicas, políticas e jurídicas de suas atividades. Em seguida, faz uma breve análise da responsabilidade geral dos servidores públicos, especificamente do agente infiltrado, e sua legitimidade como meio de obtenção de provas. Conclui-se que, apesar da evolução na redação legislativa, referente à regulamentação do Agente Infiltrado como meio de obtenção de prova, a atécnica do legislador em determinar o parâmetro para aferição da responsabilidade do agente, pode, no caso concreto, acarretar decisões injustas e, por consequência, levar à insegurança jurídica para ambas as partes inerentes à persecução penal, quais sejam o investigado e os agentes policiais.

Palavras-chave: Organização Criminosa. Responsabilidade. Agente infiltrado. Meios Especiais de Obtenção Prova

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA	10
1.1 Segurança pública como direito fundamental.....	10
<i>1.1.1 Aspectos gerais dos direitos e garantias fundamentais</i>	<i>10</i>
<i>1.1.2 Do direito à segurança pública.....</i>	<i>13</i>
1.2 Organizações criminosas.....	15
<i>1.2.1 Gangues</i>	<i>15</i>
<i>1.2.2. Crime organizado e seus principais elementos</i>	<i>16</i>
<i>1.2.3 Os principais elementos das organizações criminosas.....</i>	<i>17</i>
<i>1.2.4 Consequências morais, econômicas, políticas e jurídica da criminalidade organizada</i>	<i>19</i>
<i>1.2.5 - Atividades das organizações criminosas: Tráfico, Cybercrime e Corrupção.</i>	<i>24</i>
<i>1.2.6 Breve histórico das organizações criminosas no mundo e no Brasil</i>	<i>26</i>
1.3 Tratamento do direito brasileiro às Organizações criminosas	27
<i>1.3.1. Possibilidades de Aplicação da Lei 12.850/2013</i>	<i>28</i>
<i>1.3.2. Meios de provas provenientes da Lei 12.850/2013- dentre elas a infiltração, por policiais, em atividades de investigação.</i>	<i>28</i>
2 RESPONSABILIDADE GERAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS	33
2.1 Responsabilidade civil.....	34
2.2 Responsabilidade administrativa.....	35
2.3 Responsabilidade penal	36
3 O AGENTE INFILTRADO E SUA LEGITIMIDADE COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVAS.....	38
3.1 Breve histórico da legalidade das infiltrações policiais	38
3.2 As infiltrações policiais e sua legitimidade.....	39
<i>3.2.1 Quem é o agente infiltrado</i>	<i>40</i>
<i>3.2.2 Etapas da operação de infiltração</i>	<i>41</i>
<i>3.2.3 Agente infiltrado e agente provocador.....</i>	<i>43</i>
4 A RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO	46
4.1 Como mensurar a responsabilidade do agente e seus desvios de conduta	46
<i>4.1.1 Responsabilidade penal</i>	<i>46</i>
<i>4.1.2 Inferências sobre a responsabilidade civil e administrativa</i>	<i>49</i>
4.2 Limites e perspectivas da operação encoberta.....	52

CONCLUSÕES	54
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

Esse projeto científico foi iniciado com o objetivo de analisar doutrinariamente, em face à Lei 12.850/2013, a responsabilização do agente infiltrado que, hipoteticamente, atuasse de maneira irregular.

A segurança pública como um dos direitos fundamentais necessita de normatização e instrumentos que a efetivem. A Lei 12.850/2013 “define organização criminosa e dispõe sobre o crime organizado e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal”¹. Essa Lei buscou definir tais organizações e suas atividades, compreendendo os nefastos efeitos sociais das mesmas, bem como apontar a atividade do Agente Infiltrado como meio de investigação e obtenção de provas para garantir a efetividade da persecução penal.

O capítulo 1 versará sobre questões relacionadas à segurança pública como direito fundamental, e será realizado um breve levantamento sobre alguns aspectos constitucionais que fundamentam a ação do Estado, a fim de compreender melhor sua regulação sobre a normatização e prática do agente infiltrado. Ilustrar-se-á a partir da Teoria dos Status de *Jellinek*, que problematiza as funções legítimas do Estado, desde o seu poder coercitivo à sua função de promoção da dignidade e garantia dos direitos fundamentais ao Neoconstitucionalismo, que concebe o Estado de direito, liberdade, igualdade e justiça. Em seguida, serão apresentadas, sinteticamente, definições de organizações criminosas, seus elementos constituintes, as consequências morais, econômicas, políticas e jurídicas de suas atividades, além de um breve histórico das organizações criminosas no mundo e no Brasil

O capítulo 2 discorrerá sobre a responsabilidade geral dos servidores públicos nas instâncias Civil, Administrativa e Penal.

O capítulo 3 apresentará uma análise da responsabilidade e legitimidade do Agente Infiltrado como meio de obtenção de provas à luz da legislação atual. Essa análise será fundamentada por um breve histórico da legalidade das infiltrações penais, pela classificação das infiltrações policiais e sua legitimidade, ou seja, quem

¹ BRASIL. Lei 12.850.2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>

pode ser o agente infiltrado, as etapas dessa operação a diferença entre Agente Infiltrado e o Agente Provocador.

Por fim, o capítulo 4 discorrerá efetivamente sobre a Responsabilidade do Agente Infiltrado, os instrumentos de mensuração da sua responsabilidade e seus desvios de conduta e fará inferências sobre a Responsabilidade Penal, Civil e Administrativa a partir da legislação pertinente. A partir desses fundamentos, far-se-á uma verificação de como o magistrado fundamenta a condenação, ou absolvição, de um ato praticado pelo agente infiltrado, no exercício da infiltração, no âmbito da organização criminosa, mesmo em face à dificuldade de definição e interpretação da própria norma regulamentadora (Lei 12.850/2013), e inexistência de jurisprudência nesse sentido. O autor acredita na necessidade de melhor normatização e construção de uma metodologia interdisciplinar, a fim de mitigar a subjetividade na avaliação da conduta do infiltrado e prepará-lo melhor para sua tarefa.

1 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

1.1 Segurança pública como direito fundamental

Nos tópicos seguintes a segurança pública será analisada à luz das previsões presentes na Constituição da República de 1988.

1.1.1 Aspectos gerais dos direitos e garantias fundamentais

Com o decorrer da história os direitos fundamentais foram positivados em nosso ordenamento jurídico, representando, de certa forma, uma proteção e prestação do Estado para com o indivíduo.

A título exemplificativo, podemos citar o Título II de nossa Constituição Federal de 1988, que trata dos Direitos e garantias fundamentais, de forma não exaustiva.

O autor José Joaquim Gomes Canotilho, aduz que os direitos fundamentais possuem a função de,

“Direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) Constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”²

Nos parágrafos seguintes destaco o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, também acerca das funções dos direitos fundamentais. Na visão do ministro do Supremo Tribunal Federal a diversidade de funções inerentes a tais direitos, a teoria dos quatro status de *Jellinek* seria a mais adequada para permitir que o indivíduo identifique sua relação com o Estado, sendo possível extrair deveres ou direitos, a depender do caso.³

2 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541

3 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 156-162

Na primeira classificação, de acordo com a teoria de *Jellinek*, o sujeito possui *status subjectionis* (passivo) quando for revelada uma situação de subordinação aos Poderes Públicos. Fala-se, portanto, em deveres.⁴

A segunda classificação refere-se ao *status* negativo, que diz respeito à liberdade, ingerência em relação aos poderes públicos.⁵

José Afonso da Silva, esclarece que a liberdade deve ser vista por dois prismas, o interno e o externo, sendo o primeiro referente à liberdade do querer e o segundo consistente na exteriorização desse querer liberdade de fazer. O autor ainda nos traz um conceito interessante de liberdade humana, que cumpre-me o dever de destaca-lo: “Liberdade consiste na possibilidade de coordenação dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.”⁶

Em outra situação, o *status* adquire um viés positivo, *status civitatis*, onde o indivíduo tem o direito de exigir do Estado uma atuação, uma prestação. Aqui tem-se o Estado atuando em favor do indivíduo.⁷ Como exemplificação dessa exteriorização do *status civitatis*, podemos citar o próprio direito à segurança em sentido amplo, que abarcando a segurança jurídica, segurança de domicílio, das comunicações pessoais, dentre outras.⁸

Como quarta classificação, denominada *status* ativo, a teoria de *Jellinek* remete ao exercício dos poderes políticos, ou seja, o indivíduo passa a influenciar a formação da vontade do Estado.⁹ O *status* ativo diz respeito aos direitos políticos que possuem íntima correlação com a efetividade da democracia em um Estado democrático de Direito, de modo que é mediante à “fruição de direitos de participação política ativos e passivos que o indivíduo não será reduzido à condição de mero objeto da vontade estatal mero súdito, mas terá assegurada a sua condição de sujeito do processo de decisão sobre sua própria vida e da comunidade que integra.”¹⁰

4 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 157

5 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. p. 157

6 SILVA. Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. Ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 231-233

7 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. p. 157

8 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Atlas 2015. p. 586–590

9 MENDES. Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. p. 157

10 SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p.687

Compreende-se dessa teoria que Mendes destaca três direitos: a) Direitos de liberdade direitos de defesa; b) direitos de prestação; e c) direitos de participação. O primeiro, direito de liberdade, impõe ao Estado um dever de abstenção em relação ao indivíduo. Aqui podemos falar em limitação da atuação Estatal perante seus subordinados, destinada a preservar bens protegidos constitucionalmente, como a liberdade e a propriedade.¹¹

Importante destacar que, de acordo com Guilherme Peña de Moraes, o direito à liberdade compreende não somente a “liberdade de querer”, mas também a liberdade de atuar, podendo realizar tudo que quiser, ausentes quaisquer coações ilegais ou ilegítimas. Além disso, para esse doutrinador, o direito à liberdade compreenderia a liberdade de ação, locomoção, profissional e a de pensamento.¹²

O segundo, direito à prestação, ao contrário do direito de defesa que oferecem uma proteção quanto à atuação do Estado, presume-se uma atuação estatal positiva, a fim de, favorecer que o indivíduo usufrua de suas liberdades. Essa prestação pode ter caráter jurídico ou material.¹³As prestações de ordem jurídica, se materializam quando o Estado positiva a proteção de bens jurídicos fundamentais. Ou seja, a prestação jurídica consiste em normas estatais instituídas no intuito de organizar, proteger e formalizar os procedimentos que materializam os direitos fundamentais.¹⁴

Entende-se que as prestações de ordem jurídica andam em conjunto com os direitos sociais. Caracterizam-se como liberdades positivas de observância obrigatória do Estado com finalidade precípua, a “melhora de condições de vida aos hipossuficientes visando à concretização da igualdade social”. Ademais, são fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, conforme aduz o art. 1º, VI, da Constituição Federal.¹⁵

Outrossim, devemos considerar as prestações materiais (direitos de prestação em sentido estrito) que abarcam os direitos sociais. A título exemplificativo,

11 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p 158.

12 MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Atlas 2015, p. 573.

13 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 160.

14 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 160.

15 MORAES, Alexandre de. *Direitos Constitucional*. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 215

temos os direitos enumerados no art. 6º da Constituição Federal Brasileira — o direito à educação, ao trabalho, à saúde, à segurança— entre outros.¹⁶

Por fim, devemos ter em mente o direito de participação, que visa garantir ao indivíduo a sua participação na vontade do Estado. Temos, portanto, os direitos políticos.

Ainda no tocante à análise dos direitos e garantias fundamentais, Alexandre de Moraes destaca uma classificação moderna dos direitos fundamentais, onde os divide em: direitos fundamentais de primeira geração direitos e garantias individuais e políticos clássicos, segunda direitos sociais, econômicos e culturais e terceira geração direitos de solidariedade e fraternidade. Salientando que essa classificação se baseou na ordem histórica e cronológica em que os direitos passaram a ser constitucionalmente conhecidos.¹⁷

Outros doutrinadores, como Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸, que se posiciona favoravelmente à existência de direitos de quarta, quinta e sexta geração, sendo reconhecidos como: a) direitos à democracia e à informação; b) dever de cuidado, amor e respeito em relação à todas as formas de vida¹⁹; c) direito fundamental de acesso à água potável, conforme esclarece Zulmar Fachin.²⁰

1.1.2 Do direito à segurança pública

Após as considerações do título anterior — “Aspectos gerais dos direitos e garantias fundamentais” — entramos no tópico que possui íntima vinculação com o tema deste trabalho, o direito à segurança pública.

De acordo com Walter Ceneviva, a segurança pública deve ser vista como:

“elemento necessário à prática da democrática, é indissoluvelmente compatibilizada com a manutenção da ordem pública. Através desta se garante a incolumidade das pessoas e o patrimônio público e privado. Os objetivos mencionados consubstanciam um dever do Estado para com seus cidadãos, que têm direito à própria segurança, vinculando-se, contudo, às responsabilidades que dela decorrem. A lei disciplina a organização e o

16 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 162

17 MORAES, Alexandre de. *Direitos Constitucional*. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.30

18 SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p.313

19 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais. Retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. p. 29

20 ZULMAR, Fachin. Acesso à água potável. Direito fundamental de sexta dimensão. São Paulo: Millennium, 2011. p. 74

funcionamento dos órgãos de segurança pública, tendo em vista a eficiência de suas atividades.”²¹

Além dessa concepção, devemos nos atentar à segurança pública na visão *lato sensu* e em seu sentido estrito. Em relação à visão *lato sensu*, entende-se que ela seria constituída por vários órgãos ou instituições, podendo ser de caráter preventivo, repressivo ou, até mesmo, de caráter prestacional no que diz respeito aos serviços de socorro, em casos de calamidades ou perigo individual.²²

Do ponto de vista estrito, segurança pública pode ser descrita como:

pressuposto das condições para o correto e normal exercício de todas atividades humanas, desde o trabalho e até o lazer, desde a preservação da saúde e da vida até a prática dos cultos e das religiões.²³

O direito à segurança possui a ideia de preservação da paz, que é considerada um direito fundamental de quinta geração por alguns juristas, como Paulo Bonavides. Destaco ainda que essa paz deve ser interpretada tanto do ponto de vista coletivo (social) como do ponto de vista individual, conforme se aduz dos artigos 5º e art. 6º da Carta Magna.²⁴

A nossa Constituição de 1988 dispõe sobre o direito à segurança em seu art. 144, aduzindo que “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos”. Nos incisos deste artigo, o diploma legal elenca o rol dos responsáveis pela garantia da segurança sendo eles: A Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, as Polícias Civis, as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

O termo “polícia” pode ser conceituado como:

“Atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais”²⁵

21 CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. Ed. São Paulo. Saraiva, 1991, p.239

22 MORAES, Fábio Trevisan. *Direito Fundamental à segurança pública e políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>>. acesso em: 27.abr.2018

23 PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo. RT, 1983, p. 288

24 MORAES, Fábio Trevisan. *Direito Fundamental à segurança pública e políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>>. acesso em: 27.abr.2018

25 MORAES, Alexandre de. *Direitos Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.871

Observa-se, portanto, que a segurança pública além de possuir caráter prestacional, é de interesse nacional e de direitos humanos.²⁶

1.2 Organizações criminosas

Em caráter preliminar, destaco que a ideia do que é uma organização criminosa não mudou significativamente no decorrer dos anos. O que se modifica são os tipos de ferramentas e áreas de atuação. Além disso, faz-se necessário distinguir uma organização criminosa de gangues tendo em vista que, apesar de menos complexas e menos sofisticadas, são o gatilho inicial da formação de uma organização criminosa.

1.2.1 Gangues

De acordo com Sean Grennan, a evolução da literatura revelou uma inconsistência em relação às definições de gangues. A título exemplificativo, Goldstein (1991) oferece cerca de 14 diferentes definições de gangues.²⁷

Diante de tantas conceituações diferentes, Sanders as definiu como:

“A youth gang is any transpersonal group of youths that shows willingness to use deadly violence to claim and defend territory, and attack rival gangs, extort or rob money, or engage in other criminal behavior as an activity associated with its group, and is recognized by itself and its immediate community as distinct dangerous entity. The basic structure of gangs is one of age and gender differentiation, and leadership is informal and multiple.” (GRENNAN. 2006)

Contudo, alguns autores apontaram duas deficiências na definição de Sanders: Uma em relação à afirmação de que a diferença de idade entre as gangues não possui relevância na aferição da “idade da gangue”; e outra em relação à liderança.²⁸

A partir dessas deficiências, emergiu-se uma nova definição:

26 MORAES, Fábio Trevisan. *Direito Fundamental à segurança pública e políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>>. acesso em: 27.abr.2018

27 GRENNAN, Sean. *Organized Crime: A worldwide perspective*. New Jersey: Pearson Education, Inc. 2006, p 1

28 *Ibidem*, p. 5

“A criminal gang is any transpersonal group of individuals that shows a willingness to use deadly violence to claim and defend territory, and attack rival gangs, extort or rob money, or engage in other criminal behavior as an activity associated with its group, and is recognized by itself and its immediate community as a distinct dangerous entity. The basic structure of gangs is one of gender and leadership differentiation unique to its particular location and history. In addition, all criminal gangs maintain organizational rules and regulations including, but not limited to, secrecy. Such characteristics create the potential for organizational longevity.” (GRENNAN. 2006)

De forma sintetizada, é possível concluir que as gangues são grupos de indivíduos que estão dispostos a usar da violência para atingir seus objetivos, ingressando em atividades criminosas, individualmente ou coletivamente, diante de uma estrutura que os define.

1.2.2. Crime organizado e seus principais elementos

Como pode se extrair do tópico anterior, organizações criminosas não surgem espontaneamente, elas são a evolução das gangues. Dessa forma, é de suma importância a sua conceituação. Da mesma forma que ocorre com as gangues, existem vários conceitos de organizações criminosas, porém, a maioria desses conceitos extraídos com foco na Máfia italiana.

Nos Estados Unidos, o primeiro conceito de crime organizado surgiu em 1915 na *Chicago Crime Commission*. Num primeiro momento, a comissão buscou reconhecer as diferenças entre os crimes tradicionais e os crimes cometidos por organizações criminosas. A partir dessa análise, foi possível perceber que as organizações criminosas detinham comportamentos próprios, como práticas, tradições, rituais e jargões diferenciados.²⁹

Em meio à *Pennsylvania Crime Commission* (1980), cujo foco era o crime organizado na região da Philadelphia e Pittsburgh, surgiu um conceito de crime organizado:

“[Organized Crime is a] society that seeks to operate outside the control of American people and their governments. It involves thousands of individuals working within structures as complex as any large corporation, subject to laws more rigidly enforced than those of legitimate governments. Its actions are not impulsive but rather the result of intricate conspiracies, carried on over many years and aimed at gaining control of whole fields of activity in order to amass huge profits” (GRENNAN. 2006).

²⁹ *Ibidem*, p. 8

Todavia essa conceituação se mostra deficiente, pois, de acordo com Sean Grennan, qualquer definição de crime organizado deve conter os seguintes elementos interdependentes: a) Estrutura e hierarquia; b) Violência; c) Reconhecimento; d) Longevidade; e) Recrutamento; Atividades empresariais (*entrepreneurial activities*); f) Exclusividade entre os membros; g) Regras e regulamentações; h) Ritualismo; i) rentabilidade; j) infiltração em negócios legítimos; k) Corrupção de políticos; l) Monopolização; m) atividade criminosa.

Considerando os elementos acima, que serão abordados no tópico subsequente, pode-se extrair a seguinte definição:

“Organized Crime is a recognizable, monopolistic, self-perpetuating, hierarchical organization willing to use violence and the corruption of public officials to engage in both traditional vice-related activities and complex criminal enterprises, and it ensures its organizational longevity through ritualistic practices, rules and regulations, organizational tithing, and investment in legitimate businesses. Because the majority of groups discoursed in the text meet the above description, the terms organized crime, criminal gang(s), and gangs will be used interchangeably throughout the text unless otherwise noted. It is important to mention that the few groups not meeting the organized crime definition above have demonstrated the potential to do so through natural maturation”. (GRENNAN. 2006)

1.2.3 Os principais elementos das organizações criminosas

Antes de entrarmos nos tópicos conceituais, cumpre-me esclarecer que tais elementos foram extraídos de diversos autores, nacionais e internacionais, em rol exemplificativo e não acumulativo, devendo ser analisado o caso concreto para definição de uma organização criminosa.

a) Estrutura e hierarquia

As organizações criminosas dividem responsabilidades, tarefas e lideranças entre os membros no intuito de facilitar as tarefas e atingir seus objetivos. A divisão pode ser por meio de eleição ou por designação superior.³⁰

Além da divisão para realização de tarefas, o que for designado para atuar numa posição de liderança deverá ditar as políticas, procedimentos e fiscalizar as tarefas dos demais membros.

b) Acumulação de poder econômico e poder de corrupção

De acordo com Eduardo Araújo da Silva, a acumulação de poder econômico é ponto característico das organizações criminosas, pois, essas organizações atuam à margem de alguma proibição estatal, permitindo-lhes auferir lucros elevados.

Em virtude desse alto poder econômico, as organizações criminosas dispõem de um alto poder para corromper agentes estatais, principalmente aquelas que compõe as instâncias formais do direito, como a polícia judiciária, o Ministério Público e o Poder Judiciário.³¹

Apesar de parecer equivocada sua ideia acerca da corrupção estatal, remeto o leitor aos desmembramentos ocasionados pela Operação Lava-Jato, divulgados incessantemente pela mídia nacional, que se tornou um marco no Brasil no que diz respeito ao combate à corrupção.

c) Regras e regulamentações

As organizações criminosas, também dispõe de regras e regulamentações internas. O caráter secreto dessas regras tem por escopo o sucesso de suas empreitadas criminosas, criando procedimentos que dificultem a atuação estatal no âmbito da persecução penal.³²

³⁰ *Ibidem*. p.12

³¹ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15

³² KENNEY, Denis Jay. *Organized Crime in America. United States of America*: Wadsworth Publishing Company, 1995. p. 12

d) *Monopólio*

O monopólio da atividade na qual a organização criminosa atua, é ponto fundamental para garantia de alto poder econômico.

A guerra entre as facções criminosas pelos comumente chamados de “pontos de droga”, demonstra claramente a importância estratégica desses locais para a organização se perpetuar no poder. Além disso, o monopólio não deve ser visto apenas sob o aspecto do crime de tráfico, mas também pode ser observado em licitações públicas onde, por diversas vezes, o processo licitatório é fraudado afim de adjudicar sempre uma empresa ou grupo econômico.

Dessa forma, o monopólio do mercado se faz essencial para a organização criminosa tendo em vista seu objetivo de maximizar seus lucros e aumentar seu poder econômico.³³

e) *Membros restritos*

A restrição dos membros é um elemento crucial para a perpetuação da organização criminosa no tempo. Para pertencer a uma organização criminosa é necessário possuir qualificações que interessem à organização.^{34*}

As qualificações podem ser obtidas através de testes de habilidades, parentesco, indicação de outro membro e considerações similares.³⁵

Com a restrição dos membros e seu caráter sigiloso, a organização garante sua sobrevivência e manutenção.

1.2.4 *Consequências morais, econômicas, políticas e jurídica da criminalidade organizada*

Quando falamos nas consequências que o crime organizado pode acarretar devemos observar quatro pontos de vista: o social; o econômico; o político e o jurídico.

33 WRIGHT, Alan. *Organized Crime. United States of America*: Willan publish, 2006, p. 12

34 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

35 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

A importância de observar esses quatro aspectos, se dá devido à grande influência que o fenômeno da criminalidade exerce sobre essas áreas.

Importante salientar que os aspectos referentes às consequências do crime organizado, são extraídos da conclusão obtida por Mario Daniel Montoya em sua obra “Máfia e crime organizado: Aspectos legais; autoria mediata; responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder; atividade criminosas”.³⁶

Cumpre-me informar que, devido individualidade de classificação das consequências trazidas por Montoya, não foi possível encontrar em outra doutrina uma divisão tão específica ou rica em detalhes, desta forma, saliento que os quatro pontos de vista apresentados na sequência, foram extraídos da referencia bibliográfica referente ao parágrafo anterior.

a) Aspecto social

De acordo com Mario Daniel Montoya “o crime organizado é visto como um problema social na medida em que muitos delitos associados com esse conceito, como, por exemplo, o jogo clandestino, a prostituição, os narcóticos e a pornografia, são frequentemente rotulados como crimes sem vítimas”.

Além disso, o crime organizado se aproveita de núcleos onde o Estado não atinge seus fins sociais, ou seja, o crime organizado se aproveita das carências para angariar membros e, até mesmo, conquistar a simpatia de quem convive ao lado do crime.

O combate ao crime organizado não pode ter seu foco apenas na repressão, deve-se atentar também à prevenção. Nesse caso, a prevenção consiste em investimentos em educação, ou seja, desde a escola, ensinando o jovem a batalhar pelos seus objetivos por meios lícitos.

b) Aspecto econômico

36 MONTOYA. Maria Daniel. Máfia e crime organizado: Aspectos legais; autoria mediata; responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder; atividade criminosas. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007, p. 72-78

No aspecto econômico deve-se observar as atividades ilícitas tipicamente empresariais, tais como: a evasão fiscal, corrupção, acesso ao mercado negro, fraude financeira, violações às leis antitruste, manipulação de subsídios públicos e, até mesmo, a atuação no mercado de capitais.

Ainda de acordo com Mario Daniel Montoya, o crime organizado possui um poder de infiltração imenso,

“especialmente onde a corrupção está amplamente difundida entre políticos e entre os corpos policiais. A máfia tradicional teve uma fase agrícola (anos 50 e 60), passou por uma etapa urbana ou empresarial, até chegar à droga (anos 70 e 90). Hoje, está presente nas grandes privatizações não apenas para lavar dinheiro, mas para incorporar-se à vida econômica lícita.”

Com o ingresso em atividades lícitas, o crime organizado passa a ter um papel econômico e político, podendo até mesmo relacionar-se com os poderes Estatais.

O seu ingresso no plano econômico nacional causa uma deficiência na gestão da macroeconomia do país, tornando deficitários programas educacionais, ambientais, sociais, entre outros.

Para o crime organizado inserir-se no mercado econômico torna-se uma tarefa fácil tendo em vista que seu patrimônio possui a capacidade de expandir-se automaticamente devido a quatro vantagens próprias: Recursos financeiros elevados; Redução dos encargos trabalhistas; Crédito fácil; Concorrência mafiosa.

Corroborando com o raciocínio acima, Mario Daniel Montoya destaca o resultado de uma investigação, realizada pela Guarda de finanças italiana em 1993, que relevou que o investimento mafioso na região da Sicília girava em torno de 60% dos seus lucros no sistema financeiro, 17% no mercado imobiliário, 11% no comércio e 4% em setores industriais.

Dessa forma, fica evidente a interação do crime organizado com o mercado financeiro, que, por possuírem recursos com “características especiais” conseguem manipular a economia a seu favor.

c) Aspecto político

Para as organizações criminosas, ingressar em meio ao Estado desperta muito interesse, levando em consideração que o Estado possui o papel principal na repressão da criminalidade.

O ingresso na via estatal pelo cenário político, permite que sejam aprovadas leis que favoreçam condutas criminosas e, até mesmo, medidas relacionadas aos procedimentos de investigação, tornando-os mais burocráticos e ineficientes.

A corrupção é um elemento importante para que as organizações penetrem em meio aos poderes estatais. O grande volume de dinheiro possui o objetivo de garantir a conveniência daqueles que aprovam as leis e daqueles que garantem seu cumprimento, como membros da Polícia e do Ministério Público.

Dessa forma, a criminalidade organizada domina o Estado de maneira a deixá-lo ineficiente no que tange à punição de seus membros além de garantir uma nova fonte de renda para a organização, o dinheiro público.

d) Aspecto Jurídico

O aspecto jurídico diz respeito à adequação da legislação ao combate ao crime organizado.

O ordenamento jurídico deve conceituar o que é uma organização criminosa, para que assim um posterior julgamento não interfira nos princípios constitucionais relativos à defesa e ao devido processo legal.

Como dito anteriormente, é difícil construir uma definição certa para crime organizado ou organizações criminosas. Em virtude dessa dificuldade de definição, o crime organizado acaba sendo favorecido pela existência de leis antigas, vagas, mal formuladas, parciais, numerosas, complexas e cheias de contradições que impossibilitam uma efetiva persecução penal.³⁷

Evidentemente, essa impunidade não passa despercebida pela sociedade, acarretando numa percepção errônea de que os responsáveis pela persecução penal

37 MONTROYA. Maria Daniel. *Máfia e crime organizado: Aspectos legais; autoria mediata; responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder; atividade criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2007, p 77

e os julgadores não estariam agindo conforme o interesse social maior, a condenação dos infratores.

De certo é que muitos fatores limitam a possibilidade de se dar uma resposta eficaz a esses crimes mais complexos.

Como fatores internacionais podemos citar as limitações de jurisdição e conflitos de interesses relacionados à política repressora. Já como fatores internos ou nacionais, destacam-se os momentos de desequilíbrio social, baixa eficiência relacionada à repressão e prevenção e uma legislação ineficaz.

Nas palavras de Mario Daniel Montoya,

“um fator marcadamente limitativo na luta contra o crime organizado é uma administração de justiça rígida, baseada em rituais inquisitórios, lenta, insegura, com meios técnicos insuficientes no que se refere à preparação dos homens e às possibilidades operacionais, às vezes contraditória, não coordenada e, muitas vezes, sujeita às pressões exercidas por diversos setores, entre os quais estão os meios de comunicação e outros poderes externos.”

O aspecto jurídico deve ser visto não apenas em relação à norma já produzida, mas também em relação à norma em formação, pois incumbe ao legislativo identificar condutas lesivas à sociedade e estabelecer meios adequados ligados à repressão e prevenção da conduta antijurídica, contudo deve sempre se atentar aos princípios e garantias constitucionais.

Frisa-se que assim como as organizações criminosas evoluem seus meios para efetivar seus objetivos, a legislação também deve evoluir em relação aos meios de investigação policial, para que se dê uma efetiva obtenção de provas.

Atualmente no Brasil a lei em vigor que trata da criminalidade organizada – Lei 12.850/2013 – estabelece os seguintes meios de prova, que serão abordados em tópico posterior: a) colaboração premiada; b) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos; c) ação controlada; d) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; e) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; f) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; g) infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; h) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e

municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Todavia, apenas esses meios não bastam para que se tenha uma percepção penal eficaz e segura. A segurança aqui diz respeito àqueles que colaborarem com a investigação, seja por meio de testemunho ou atuação como agente infiltrado, fazendo-se necessário a adoção de um programa de proteção à testemunha confiável

1.2.5 - Atividades das organizações criminosas: Tráfico, Cybercrime e Corrupção.

Como é sabido as organizações criminosas se inserem em qualquer tipo de atividade. Contudo, destaco a seguir as que considero mais pertinentes ao tema.

a) Tráfico de entorpecentes

O tráfico de entorpecentes atrai as organizações criminosas por ser uma atividade de alta rentabilidade, o que permite maiores investimentos na própria organização. Devido às quantias elevadas fruto do tráfico de entorpecentes, começou um movimento internacional para criação de uma legislação que blindasse a lavagem de dinheiro.³⁸

Como visto nos tópicos acima, uma das características das organizações criminosas consiste na delimitação do território. Uma organização não deve interferir no território de outra, sem o consentimento da organização dominante naquele local, sob pena de surgir um conflito entre elas.

De acordo com Marcelo Batlouni Mendroni, as organizações criminosas possuem como atividade o tráfico de entorpecente, que pode ser subdividido em três formas, não excluindo outras:³⁹ a) Membros de família de sangue; b) Formação do grupo através e em torno de líderes carismáticos; c) Em forma de estrutura de rede de trabalho (network).

38 MENDRONI. Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2016, p. 69

39 MENDRONI. Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2016, p. 71

Contudo, vale salientar que essa atividade não é exclusiva das organizações criminosas, pois muitos trabalham isoladamente nessa atividade.

b) Cybercrime

Juntamente com o desenvolvimento da tecnologia, bem como o desenvolvimento da *Internet*, as organizações criminosas também se desenvolveram. Elas aprimoraram suas ferramentas, seus meios, e até mesmo suas atividades, sempre no intuito de atingir um fim ilícito.

O termo cybercrime está relacionado à atos ilícitos cometidos com a utilização de produtos ligados à informática.⁴⁰ No meio virtual os criminosos se aproveitam da dificuldade de investigação desses crimes, tendo em vista que a internet, muitas vezes, permite o anonimato.

Os criminosos se valem de meios ardilosos, no intuito de enganar o *internauta* que, por descuido ou falta de conhecimento tecnológico, fica passível de cair em esquemas, fraudes, ter seu cartão de crédito clonado, e até ser vítima de “ataques” virtuais onde os criminosos tomam posse de arquivos presentes no computador da vítima e exigem dinheiro, normalmente em *bitcoin*, para liberá-los.

c) Corrupção

De acordo com Marcelo Mendroni, “em quase todo ramo da atividade ilícita praticada por organizações criminosas é possível encontrar, de alguma forma, a investida contra o dinheiro estatal.”⁴¹

Isso porque para uma organização criminosa mais desenvolvida, é vantajoso pagar a funcionários públicos para efetuar tarefas de seu interesse. Além disso a atividade corrupta, devido a sua ação silenciosa na sociedade, é de difícil identificação no caso de uma persecução penal.⁴²

40 MONTROYA, Mario Daniel. Op. Cit, p 436

41 MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. Cit, p 75

42 *Ibidem*

Apesar de ser uma atividade silenciosa, seus prejuízos à sociedade são inúmeros, e deles podemos citar: desvio de dinheiro público; descrédito das instituições públicas e de seus agentes; entre outros.⁴³

1.2.6 Breve histórico das organizações criminosas no mundo e no Brasil

Delimitar uma origem histórica para as organizações criminosas não é tarefa fácil, levando em consideração que sua evolução e desenvolvimento se deu de formas e tempos diferentes em diversos países. Contudo, muitos autores destacam algumas organizações criminosas mais conhecidas para basear o marco histórico, é o caso da Máfia italiana e da *Yakusa*.

De acordo com o autor Eduardo Araújo da Silva, as organizações criminosas tiveram início no século XVI. Porém, não surgiram com o caráter criminalizado, mas sim como organizações que protegeriam a população contra a arbitrariedade de líderes estatais poderosos.⁴⁴

A *Yakusa*, máfia tipicamente japonesa, se desenvolveu por volta do século XVIII perpetuando em diversos setores obscuros da sociedade como prostituição, jogos de azar, tráfico de armas, drogas e lavagem de capitais.⁴⁵

Já a supracitada Máfia italiana se desenvolveu como um movimento contra um decreto instituído pelo rei Nápoles que reduzia privilégios feudais e limitava poderes dos príncipes. Insatisfeitos com o Decreto, esses príncipes contrataram grupos, que posteriormente foram denominados de máfias, para se defenderem.⁴⁶

Também é pertinente destacar a origem da criminalidade organizada no Brasil entre o século XIX e XX, tal como aduz Renato Brasileiro de Lima:

“No Brasil, a manifestação mais remota do crime organizado tradicionalmente apontada pela doutrina diz respeito à atuação do cangaço, bando liderado por Virgulino Ferreira da Silva (Lampião), e, posteriormente, as associações criminosas voltadas à exploração dos jogos de azar, do tráfico de drogas, de armas e de animais silvestres. Mais recentemente, a criminalidade

⁴³ *Ibidem*

⁴⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2, ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3

⁴⁵ ZANIN, Viviane Afonso. A infiltração de agentes policiais como meio de obtenção de prova contra o crime organizado: uma análise à luz da lei nº 12.850/2013. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42304/66.pdf?sequence=1>> Acesso em: 28.abr.2018

⁴⁶ *Idem*

organizada estruturou-se nos presídios do Rio de Janeiro e de São Paulo, com a formação do Comando Vermelho (CV) e do Primeiro Comando da Capital (PCC).”⁴⁷

Diante desse breve contexto histórico, faz-se necessário abordar o aspecto jurídico das organizações criminosas.

1.3 Tratamento do direito brasileiro às Organizações criminosas

Durante muito tempo a legislação brasileira foi omissa em relação à definição de organizações criminosas. A revogada Lei 9.034/95 não trazia nenhuma definição legal de organização criminosa, apenas tratando dos meios de provas e procedimentos referentes aos ilícitos cometidos por quadrilha ou bando ou organização ou associação criminosas de qualquer tipo.⁴⁸

Devido à ausência de definição para a matéria supramencionada, foi editada a Lei 12.694/2012 que trata da formação do juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas.⁴⁹ O art. 2º da referida lei passou a conceituar organizações criminosas dessa forma:

“Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.”⁵⁰

Em momento posterior, foi editada a Lei 12.850/2013 que, em seu art. 1º, §1º, como:

“Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”⁵¹

47 LIMA. Renato Brasileiro. *Legislação especial comentada*. Volume único. 6. ed. Salvador: juspodvm. 2018, p. 666

48 *Ibidem*, p. 667

49 *Ibidem*, p. 669

50 BRASIL. *Lei nº 12.694 de 24 de julho de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm> Acesso em: 05.nov.2018

51 BRASIL. *Lei nº 12.850 de 22 de abril de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 05.nov.2018

Dessa forma, é possível concluir que houve uma revogação tácita da Lei 12.694/2012, no que se refere à definição de organização criminosa, pois como se trata de uma norma posterior que trata da matéria em sentido diverso, deve ser observado o art. 2º, §1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”⁵²

1.3.1. Possibilidades de Aplicação da Lei 12.850/2013

A Lei 12.850/2013, apesar de versar sobre organizações criminosas, trouxe meios de obtenção de provas e técnicas especiais de investigação que se estendem a outros tipos penais, tal como: a) infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro ou reciprocamente; b) às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para prática dos atos terroristas legalmente definidos.

De tal maneira, é possível concluir que seus meios de obtenção de provas não são de utilização exclusiva para persecução de organizações criminosas.

1.3.2. Meios de provas provenientes da Lei 12.850/2013- dentre elas a infiltração, por policiais, em atividades de investigação.

Em seu art. 3º, a Lei 12.850/2013 elenca alguns métodos especiais de obtenção de provas que poderão ser usados em qualquer fase da persecução penal, sendo eles: I) colaboração premiada; II) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III) ação controlada; IV) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII) infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e

⁵² LIMA. Renato Brasileiro. *Legislação Especial Comentada*. Volume único. 6. ed. Salvador: juspodvm. 2018, p. 671

municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Dessa forma, faz-se necessária uma breve conceituação relacionada aos meios de investigação trazidos pela nova lei.

a) Colaboração premiada

Prevista no Inciso I, do art. 3º da Lei de Organizações Criminosas, a Colaboração premiada, muitas vezes chamada de “delação premiada” ou colaboração “processual”, consiste na redução de pena, ou até mesmo isenção de pena, a troco do delinquente que deletar seus comparsas.⁵³

Para que seja possível sua aprimoração no mundo do direito, é necessário que o acordo de colaboração seja homologado pelo juiz competente e que estejam presentes os requisitos que a lei estabelecer.

b) Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

A captação deve ser entendida como filmagem ou gravação realizada pela própria autoridade policial, não devendo ser confundida com interceptação que é realizada mediante a interferência em um sistema instalado previamente por um terceiro.⁵⁴

Por sinais eletromagnéticos deve-se entender aqueles gravados em fita ou banda magnética enquanto sinais óticos são imagens e acústicos são sonoros.⁵⁵

c) Ação controlada:

53 BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014

54 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2017, p. 729

55 *Ibidem*

Segundo estabelece o art. 8º da LOC (Lei de Organizações Criminosas), a ação controlada consiste em “retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.”

Estamos diante de uma relativização do dever de ação diante o flagrante delito, em nome da efetividade da persecução penal.⁵⁶

d) Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais

De acordo com o art. 15 da Lei de Organizações criminosas, “o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.”

No que diz respeito ao termo “dato cadastral”, Rogério Sanches Cunha esclarece que deve ser entendido como aquele dato relativo à qualificação pessoal do investigado, ou seja, estado civil, filiação, endereço, telefone, profissão, etc.⁵⁷

Além disso, não se deve confundir acesso ao registro de ligação telefônica com interceptação telefônica, porquanto o registro de ligações diz respeito apenas ao histórico de chamadas realizadas ou recebidas.

e) Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica

⁵⁶ *Ibidem*

⁵⁷ CUNHA, Rogério Sanches. *MP pode requisitar informações financeiras sobre recursos públicos*. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/09/27/mp-pode-requisitar-informacoes-financeiras-sobre-recursos-publicos>> Acesso em: 05.nov.2018

Disciplinada pela Lei 9.296/1996, a interceptação telefônica em sentido estrito “consiste na captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores” (grifo nosso).⁵⁸

f) Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica:

A quebra de sigilo bancário e fiscal é de extrema importância no âmbito da persecução penal estatal, especialmente nas sociedades capitalistas onde a vida está cotidianamente associada às movimentações financeiras.⁵⁹

Todavia os casos em que serão permitidos tais meios são excepcionais, em virtude do de direitos e garantias fundamentais como o direito à privacidade. Dessa forma, Cezar Roberto Bittencourt destaca dois aspectos cruciais para a análise desse meio de obtenção de prova:

“o primeiro diz respeito a que a autoridade pública que investiga a persecução de um crime deverá ter acesso aos dados, porque essencial para o deslinde da investigação. Em segundo lugar, os dados a serem oferecidos devem ser mantidos sob sigilo da autoridade que os recebe, e sua consecução deve submeter-se ao controle judicial, na forma expressa no art. 23 da Lei 12.850/2013.”⁶⁰

g) Infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11

A infiltração de agentes será tratada com mais detalhes no capítulo 3. Dessa forma, este tópico abordará apenas uma breve conceituação.

A infiltração consiste em introduzir um agente de polícia dissimuladamente dentro da organização criminosa, no intuito de identificar fontes probatórias e informações capazes de ajudar nas investigações e desarticular a organização criminosa.⁶¹

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. Cit. P 321

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105

⁶⁰ *Ibidem*

⁶¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2017, p. 755

h) Cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal

Evidentemente que a cooperação entre instituições e órgãos no intuito de angariar provas para a persecução criminal constitui elemento de suma importância.

Todavia, o uso dessas informações compartilhadas deve ser restrito às hipóteses de ausência de violação à intimidade daqueles a que as informações se refiram, quando não, deve ser submetido a rigoroso controle judicial.⁶²

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106

2 RESPONSABILIDADE GERAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS

O termo responsabilidade, apesar de ter um sentido polissêmico, vista tanto do plano “vulgar”, como no plano jurídico. Em primeiro plano, a responsabilidade é vista como sinônimo de cuidado⁶³. Já sob o aspecto jurídico, Adauto de Almeida Tomaszewisk enfatiza que:

“imputar a responsabilidade a alguém é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devir ter agido de outro modo.”⁶⁴

Assim como os particulares, os servidores públicos também estão sujeitos à responsabilização pelos atos que praticam, conforme disposto em nosso texto constitucional (art. 37, §5º).

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (grifo nosso)⁶⁵

Evidentemente, assim como um indivíduo pertencente ao regime privado, os agentes públicos também devem ser responsáveis por seus atos, afinal, desempenham função estrutural na manutenção do Estado.

No tocante à responsabilidade, deve-se destacar que o sistema brasileiro possui três âmbitos de responsabilidades, sendo eles independentes entre si. A título de exemplificativo, um agente pode ser responsável civilmente, por meio de uma Ação de Improbidade Administrativa, mas não o ser no âmbito penal, por meio de uma denúncia.

Em consonância com o entendimento acima, a própria lei 8.112/90 dispõe o seguinte em seu artigo 121: “O Servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições”.

63 STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil – doutrina e jurisprudência*. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 178

64 TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Separação, violência e danos morais – tutela da personalidade dos filhos*. São Paulo: Paulistana Jur, 2004, p. 245.

65 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado 1988

Apesar destes três âmbitos, apontados pela maior parte da doutrina, Hely Lopes Meirelles aduz que os servidores públicos, no desempenho de suas funções, podem cometer até 4 (quatro) ordens de infrações, onde destaca as três vias supramencionadas e acrescenta a improbidade administrativa como infração autônoma.⁶⁶

Ao nosso ver, incluir uma quarta modalidade de infração, qual seja a de responsabilidade por improbidade administrativa, parece-nos correto. Afinal, um agente público pode ser condenado no âmbito civil sem que seu ato constitua uma improbidade.

Nos tópicos posteriores a responsabilidade inerente aos servidores públicos será abordada nesses três âmbitos, civil, administrativo e penal.

2.1 Responsabilidade civil

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a “responsabilidade civil é a imputação, ao servidor público, da obrigação em decorrência de conduta culposa ou dolosa, de caráter comissivo ou omissivo”. Logo, evidencia-se uma responsabilidade civil subjetiva ou com culpa.

Porém, apesar do autor supra aduzir que a responsabilidade civil do servidor ser de caráter subjetivo, Di Pietro entende que quando o dano for causado por servidor público é necessário distinguir o sujeito passivo da conduta danosa.

No caso de dano causado ao Estado, a autora supra aduz que a responsabilidade será apurada pela própria administração, por meio de processo administrativo, considerando os elementos “culpa” ou “dolo” do agente. Já se o dano for causado à terceiro, aplicar-se-á a norma do art. 37 §6º da Constituição Federal, onde o Estado irá responder objetivamente, mas com direito de regresso contra o servidor que causou o dano, desde que este tenha agido com dolo ou culpa.

No que diz respeito à apuração da responsabilidade, a regra é que se efetue a apuração por meio de sindicância e, se for o caso, de processo administrativo. Caso se verifique dolo ou culpa, por parte do servidor, a administração poderá consultá-lo

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011, p. 543

a fim de obter a reparação do dano, por desconto em folha de pagamento ou forma diversa. Caso o servidor não concorde com a reparação, caberá à administração ingressar no juízo cível para obter o ressarcimento.

A sindicância, como meio de apuração do ato irregular, pode ser vista como um “processo sumário de elucidação de irregularidades no serviço público, para bem caracteriza-las ou para determinar seus autores, para posterior instauração do competente processo administrativo”. Dessa forma, a sindicância serve de peça informativa de um posterior processo administrativo disciplinar.

Importante salientar que a análise de um suposto ato de improbidade administrativa também compete ao juizado cível.

2.2 Responsabilidade administrativa

Por responsabilidade administrativa Marçal Justen Filho, entende que:

“A responsabilidade administrativa consiste no dever de o agente estatal responder pelos efeitos jurídico-administrativos dos atos praticados no desempenho de atividade administrativa estatal, inclusive suportando a sanção administrativa cominada em lei pela prática de ato ilícito.”⁶⁷

Conforme orientado por Marçal em sua definição supra, possível concluir que a responsabilidade administrativa deve ser auferida no desempenho da atividade estatal, não levando em consideração a vida privada do servidor.

No que concerne a este âmbito de responsabilidade, a Lei 8112/90 é comumente utilizada para tipificar infrações administrativas e punições a quem descumprir suas diretrizes. A referida lei trata do regime jurídico dos servidores civis da união, das autarquias e das fundações públicas, dispondo, além de direitos, deveres (art. 116), proibições (art. 117) e sanções disciplinares (art. 127).

No entanto, importante salientar que a responsabilidade administrativa não resulta apenas da violação das normas expressas na Lei 8112/90, a responsabilidade também resultará da violação de outras normas internas da administração e

67 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2016, p. 869

disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento de caráter regulamentar da função pública.⁶⁸

Além disso, destaco que infrações e ilícitos administrativos também podem ser cometidos por particulares, conforme preleciona Odete Medauar: “Também são ilícitos administrativos ou infrações administrativas condutas de particulares, sujeitas às sanções administrativas”.⁶⁹

Da mesma forma como ocorre na aferição da responsabilidade cível do servidor, a apuração da responsabilidade administrativa também deverá ser apurada mediante sindicância e processo administrativo disciplinar, muitas vezes denominado de inquérito administrativo. Caso a Infração reste comprovada, o servidor fica sujeito às penas disciplinares estabelecidas no art. 127 da Lei 8112/90.⁷⁰

Para regular aplicação das penalidades estabelecidas, devem ser observados os princípios da proporcionalidade (ou da adequação punitiva) e o princípio da motivação, além disso o devido processo administrativo deve permitir o contraditório e a ampla-defesa ao acusado do ato irregular.⁷¹

2.3 Responsabilidade penal

Conforme esclarece Hely Lopes Meirelles,

“A responsabilidade criminal é a que resulta do cometimento de crimes funcionais. O ilícito penal sujeita o servidor a responder a processo crime e a suportar os efeitos legais da condenação (CP, arts. 91 e 92). O Estado-membro e o Município não podem legislar sobre crimes funcionais, porque tal matéria é de Direito Penal e constitui reserva constitucional da União (CF, art. 22, I).”⁷²

Dessa forma, é possível aduzir que o agente público responde penalmente quando pratica crime ou contravenção penal, previstos nas leis penais.⁷³

68 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011, p. 543

69 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 364

70 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 686

71 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 780

72 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 618

73 KNOPLICK, Gustavo Mello. *Manual de Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 195

Importante salientar que, para fins criminais, a conceituação de servidor público é mais ampla, se aproximando do conceito de agente público, conforme aduz o artigo 327 *caput*, e 327 §1º.⁷⁴

Os crimes funcionais previstos no código penal e em leis esparsas, devem seguir o rito processual previsto nos artigos 513 a 518 do CPP, ficando o réu, desde o indiciamento, sujeito ao sequestro de bens, a requerimento do Ministério Público, quando houver prejuízo à Fazenda Pública.⁷⁵

A competência para apurar a responsabilidade criminal do servidor público é do Poder Judiciário, sendo assegurado o auxílio-reclusão nos termos do art. 229 da Lei 8112/90. Caso a sentença criminal absolva o servidor em razão da inexistência do fato ou por comprovação da negativa da autoria, deverá também ser absolvido nas ações civil e administrativa, vez que restará comprovada que não houve crime por parte do servidor (ou que o fato não ocorreu, ou ocorreu, mas não foi praticado por ele).⁷⁶

Por último, resta esclarecer que todos os crimes funcionais e os de responsabilidade são delitos de ação pública, permitindo a instauração do processo respectivo mediante comunicação de qualquer pessoa à autoridade competente e denúncia do Ministério Público.⁷⁷

74 PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 757

75 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 618.

76 KNOPLICK. Gustavo Mello. *Manual de Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.198

77 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 619

3 O AGENTE INFILTRADO E SUA LEGITIMIDADE COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVAS

3.1 Breve histórico da legalidade das infiltrações policiais

Como visto nos capítulos anteriores, as organizações criminosas evoluíram seus métodos de atuação. Sempre buscando ocultar sua atuação diante das autoridades policiais e judiciárias.

Devido a essa evolução da criminalidade, o Estado se viu na necessidade de buscar novos métodos de obtenção de provas, visto que os meios previstos anteriormente já não se sustentavam diante da efetividade da persecução penal.

No decorrer da evolução em matéria investigativa, destaco o surgimento do Agente Infiltrado como meio de obtenção de prova, que, apesar de possuir um surgimento recente na legislação brasileira, surgiu como discussão em 1989, no projeto de Lei 3.516/89.⁷⁸

A infiltração de agentes foi preliminarmente disciplinada pela Lei 9034/95, contudo, devido a insuficiência em sua regulamentação, sobrevieram diversas novas leis que regulamentavam a utilização da infiltração policial, de onde destaco a legislação atual pertinente ao tema: A Lei 12.850/2013.

No que diz respeito à legislação internacional, cumpre-me destacar que essa também passou a prever a infiltração de agentes policiais como meio de obtenção de provas, cabendo aos Estados-parte regulamenta-la internamente, no intuito de instrumentalizar suas forças de investigação.⁷⁹

De acordo com Denílson Feitoza, infiltração policial consiste em uma

“Introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional (“dado negado” ou de difícil acesso) em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crime de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor do crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles.”⁸⁰

78 PACHECO, Rafael. *Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.111

79 SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas: 2015, p.34.

80 FEITOZA, Denílson. *Direito Processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6 ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 820

Da conceituação supramencionada, é possível concluir que a formulação de novos meios de obtenção de prova deve prezar pela efetividade da persecução penal. Todavia, a evolução dos meios investigativos, gerou na doutrina uma enorme discussão acerca da validade jurídica de tais meios, visto que o Estado estaria, de certa forma, agindo de maneira antiética ao utilizar meios dissimulatórios.

De acordo com Victor Gabriel Rodrigues o futuro do Estado de Direito caminha junto à “lealdade no tratamento de autoridades e transgressores, sem ódios ou preceitos maiores”. Ou seja, como o agente infiltrado tem de falar mentiras para encobrir sua real identidade, isso se amoldaria como uma conduta estatal lícita, ao menos em tempos de paz.⁸¹

3.2 As infiltrações policiais e sua legitimidade

No que diz respeito à classificação das infiltrações policiais, a doutrina as classifica em duas modalidades: a) *Light Cover*, quando sua duração for no máximo de 6 meses e exigir menos engajamento por parte do agente infiltrado; e b) *Deep Cover*, quando a infiltração se desenvolve por mais de 6 meses e exige imersão total do agente na organização criminosa. De acordo com o art. 10, §3º, da Lei de Organizações criminosas, ambas as modalidades de infiltração são permitidas no direito brasileiro, visto que o procedimento pode ser adotado por até seis meses, mas com possibilidade de renovação.⁸²

Em matéria de legitimidade para requerer a utilização do agente infiltrado, deve ficar claro que o pedido pode ser formulado por iniciativa do Delegado de Polícia ou do representante do Ministério Público, nos termos do art. 10. Da Lei 12.850/2013. Importante ressaltar que a referida Lei não previu a possibilidade do magistrado determinar a medida de ofício.⁸³

O pedido deve demonstrar a necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o

81 RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Delação Premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 77

82 HOFFMANN, Henrique. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. 2 ed. Salvador: Ed. Juspodivm. 2018, p. 136

83 ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agente e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 187

local da investigação. Além disso, como requisito para aprovação da medida, a Lei 12.850/2013 estabelece em seu §1º do art. 10, que a infiltração só poderá ser autorizada quando houver indícios do cometimento de infração penal por organização criminosa e desde que a prova não possa ser obtida por outro meio probatório.⁸⁴

Como dito anteriormente, o prazo previsto para infiltração policial é de 6 meses, sendo permitidas prorrogações. O magistrado e o *parquet*, representante do Ministério Público, responsável pelo controle externo da atividade policial, participarão de forma a fiscalizar a atuação policial, de modo a velar pela obediência do agente infiltrado às disposições contidas na autorização judicial. Ao infiltrado, incumbe dispor a conhecimento do magistrado e do Ministério Público, todas as informações que venham a ser obtidas, e em especial, fatos que colocariam em risco direitos fundamentais dos investigados.⁸⁵

Muito se discute em relação ao momento em que pode ser autorizada a infiltração policial tendo em vista a redação confusa do art. 10 da Lei de Organizações Criminosas, que trata este meio de obtenção de provas como “tarefa de investigação”. Ou seja, não deixa claro se a metodologia poderia ser aplicada durante a fase processual.

Essa técnica, no tocante à redação legislativa, fez surgir duas correntes doutrinárias acerca do assunto: uma, minoritária, de que a infiltração poderia ocorrer a qualquer momento, tanto na fase inquisitória como na processual; e outra, majoritária, de que a infiltração de agentes só poderia se dar na fase de investigação, assim como expresso em lei.⁸⁶

3.2.1 Quem é o agente infiltrado

O art. 10, da Lei supramencionada, também usa a expressão “agentes de polícia” no intuito de indicar quem estaria legitimado a atuar como agente infiltrado.

84 SILVA, Márcio Alberto Gomes. *Inquérito policial: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual*. Salvador: JusPODIVM. 2018, p. 258

85 FERRO. Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: comentários à Lei 12.850/2013*. Curitiba: Juruá, 2014, p.191

86 ZANELLA. Everton Luiz. *Infiltração de agente e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 188

Conforme o entendimento de Rogério Sanches Cunha, o termo “agentes de polícia” deve ser entendido como integrantes das corporações presentes no art. 144 da Constituição Federal de 1988. Todavia, como nem todos os descritos no artigo possuem função investigativa, os legitimados a atuarem como infiltrados são, portanto, os policiais federais e civis.⁸⁷

Vale salientar que integrantes da Polícia Militar jamais poderiam atuar como agentes infiltrados, até mesmo quando estiverem sob a função de polícia judiciária (apuração de crimes militares), pois a técnica só é admitida nos casos de organização criminosa ou tráfico de drogas, delitos de competência da Justiça comum ou Federal.⁸⁸

Por óbvio, como a legislação trata de “agentes de polícia”, um particular não poderia atuar como agente infiltrado, tendo em vista a complexidade de atuação e a necessidade de treinamento específico, tanto físico como psicológico. Ferro (2014) descreve algumas características importantes para o exercício da infiltração, quais sejam: perfil físico compatível com a operação, inteligência e aptidões específicas, bem como equilíbrio emocional.⁸⁹

3.2.2 Etapas da operação de infiltração

Uma operação encoberta segue um plano operacional amplo, desenvolvido por pessoas e equipes bem treinadas, devidamente documentado, para que o Juiz e o MP possam exercer o controle de legalidade da missão. A operação é controlada pela Polícia, MP e Magistrado. O Delegado de Polícia e o MP podem solicitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração. Embora seja um dispositivo importante, pode representar na prática um risco para o agente que, ao repassar o relatório solicitado pode ter sua identidade revelada. Por isso utiliza-se apelidos para as pessoas investigadas.⁹⁰

87 SANCHES CUNHA, Rogério. *Crime organizado – comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei 12850/2013*. 2. ed. Salvador: Juspodvim. 2014, p.98

88 HOFFMANN, Henrique. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. 2 ed. Salvador: Ed. Juspodivm. 2018, p. 138

89 FERRO, Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 193

90 FERRO, Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 200-206

De acordo com Flavio Cardoso Pereira⁹¹, a operação de infiltração se divide 8 etapas:

Recrutamento: Essa fase se subdivide em duas etapas, sendo elas a fase de captação onde verifica-se se o sujeito satisfaz as necessidades institucionais; e a segunda fase, camada de seleção, onde a polícia difunde a informação de modo a capacitar o infiltrado, escolhendo-o dentro de um rol de agentes capacitados.

Formação: Consiste em um programa de treinamento básico, com o escopo de desenvolver qualidades do agente infiltrado.

Imersão: Programa de treinamento psicológico, afim de implantar uma nova identidade ao agente.

Especialização: Aprimora o agente infiltrado, assegurando que sua identidade seja preservada diante de pressões que possam surgir no meio da infiltração.

Infiltração propriamente dita: Nessa fase, o agente começa a ter, de fato, seu primeiro contato com a organização criminosa, podendo traçar melhor suas estratégias de ação.

Seguimento: Após o início da coleta de provas, começa a se desenvolver uma fase de cobertura técnica, no intuito de proteger o agente que está infiltrado.

Pós-infiltração: Nesse momento, a inteligência policial busca o melhor meio de retirar o agente infiltrado do ambiente criminoso. Essa fase está diretamente associada com os programas de proteção de vítimas e testemunhas (Lei 9.807/99).

Reinserção: A fase de reinserção consiste em reintegrar o agente à sua vida pré-infiltração, ajudando-o a recuperar sua verdadeira identidade. Devido ao ambiente hostil no qual o agente fora inserido, pode ser necessário acompanhamento psicológico para reintegrá-lo à sua vida antiga.

Acredita-se que a utilização desse método contribui sobremaneira para o preparo e apoio dos agentes no desempenho eficaz da sua tarefa.

Além das fases de infiltração alguns elementos são fundamentais para o sucesso da operação. Ferro apresenta um elemento denominado “Protetor do Infiltrado”, normalmente um superior hierárquico facilmente acessível e próximo que contribui para preservar a integridade do agente. Ao final da operação, é encaminhado ao Poder Judiciário pela autoridade policial o relatório com resultados, informações e provas alcançadas para se juntar ao inquérito policial.⁹²

Após o fim da operação far-se-á também uma análise para verificar se houve repercussão civil, relacionada a conduta policial. Nesse sentido, é importante o Estado provisionar recursos para cobrir gastos e despesas da operação, inclusive para quando o agente precisar agir sem intenção pessoal ao provocar deliberadamente

91 PEREIRA, Flávio Cardoso. *A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência*. In: CUNHA, Rogério Sanches. *Limites constitucionais de investigação*. São Paulo: Revista dos tribunais. 2009, p. 116-188

92 FERRO, Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 212-213

algum dano moral a qualquer membro da organização. Ex: seguros, em caso de vida ou lesão. Segundo ferros, a Lei 12.850/13 é omissa com relação a isso.⁹³

3.2.3 Agente infiltrado e agente provocador

Em apertada síntese, foi descrita a utilização do agente infiltrado como meio probatório, analisando seu procedimento à luz da Lei 12.850/2013. Contudo, muito se discute na doutrina se as provas obtidas por tal meio seriam válidas à luz do direito brasileiro. Isso porque muito se confunde sua atuação com a figura de um agente provocador, o que ocasionaria um flagrante preparado (*entrapment doctrine*).

O flagrante preparado encontra previsão na Súmula 145 do STF, de onde se extrai que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação”.

Da redação supra, é possível extrair que se trata de um crime provocado, onde o sujeito seria impelido, por terceiro, a praticar um crime, mas são adotadas todas as providências para que não haja consumação.⁹⁴

De acordo com Nestor Távora, se houver preparação do flagrante, e, conseqüentemente, a prisão do sujeito, o crime existiria apenas na aparência, pois configuraria a figura do ‘crime impossível’, esclarecendo que não só a prisão é ilegal, mas também não se poderia falar em responsabilidade penal pela conduta daquele que fora instigado a cometer o delito. Eventual inquérito ou processo, iniciados a partir de uma preparação do flagrante, devem ser trancados via *habeas corpus*.⁹⁵

De acordo com Marllon Souza, o agente provocador pode ser definido como “todo agente (seja das forças de segurança pública ou não) que, no desempenho irregular de suas funções, instiga uma conduta criminosa de terceiro, tomando todas as medidas para que o autor seja imediatamente surpreendido em flagrante delito.”⁹⁶

93 *Ibidem*. p. 221

94 RANGEL. Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2016, p.796

95 TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 10. ed. Salvador: Juspodivm. 2015, p.834

96 SOUSA. Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas: 2015, p. 45

Tendo em vista a apresentação destes conceitos, no que se diferenciaria a atuação do agente infiltrado para com a atuação de um agente provocador? Seriam nulas as provas por ele colhidas?

Para esclarecer essas indagações, fez-se necessário buscar o entendimento de alguns autores como Renato Brasileiro Lima, Eduardo Araújo da Silva e Marllon Souza.

De acordo com Renato Brasileiro Lima, o agente infiltrado

“Tem autorização judicial para se infiltrar em determinada organização criminosa com o objetivo de colher elementos capazes de proporcionar seu desmantelamento, devendo agir precipuamente de maneira passiva, não instigando os demais integrantes do bando à prática de qualquer ilícito. Logo, se os agentes de polícia ou de inteligência têm indícios suficientes da existência de uma organização criminosa e nela se infiltram em busca de informações que permitam identificar os diversos ilícitos praticados por seus integrantes, não há que se falar em crime impossível, porquanto a intenção de delinquir já havia surgido firmemente nos sujeitos que estão praticando as infrações penais, por meio de decisão livre e anterior à intervenção do agente infiltrado.”⁹⁷

Como se percebe, o agente infiltrado, além de possuir previsão legal, possui uma autorização judicial para que se infiltre na organização criminosa. Também é importante ressaltar que, durante sua atuação, o agente não poderá influenciar os participantes da organização de modo a incentivá-los a praticar crimes, sob pena de se amoldar como agente provocador.

Eduardo Araújo da Silva também esclarece que a atividade do infiltrado “deve estar limitada à busca de novos elementos de provas. Não pode, pois, provocar a conduta a ser desenvolvida pelos investigados, sob pena de comprometer a validade da prova obtida.”⁹⁸

No caso do agente provocador, Marllon Sousa aduz que sua atuação, além de repudiada por nosso ordenamento jurídico, cuida-se de um “comportamento maquiavélico e desleal a cargo dos executores de medida desta natureza assemelhada aos atos de inquisição característicos dos tempos ditatoriais, os quais devem constar apenas na memória e jamais serem permitidos novamente.”⁹⁹

97 LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Especial Comentada*. Volume único. 6. ed. Salvador: juspodvm. 2018, p. 764

98 SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 80

99 SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas: 2015, p. 46

Superadas as lições preliminares quanto ao instituto do agente infiltrado, bem como sua distinção diante da figura do agente provocador, prosseguimos para análise do tópico central deste trabalho, qual seja a responsabilidade do agente infiltrado por possíveis ilícitos que vier a cometer no curso da infiltração.

4 A RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO

4.1 Como mensurar a responsabilidade do agente e seus desvios de conduta

Conforme visto no capítulo 2 deste trabalho, todos os servidores públicos estão sujeitos à responsabilização por atos irregulares praticados no exercício da função. No que diz respeito ao agente infiltrado, a regra não poderia ser diferente, visto que, para atuar como infiltrado, é necessário a condição de agente público, porquanto a própria lei 12.850/2013 utiliza o termo “agentes de polícia” no *caput* do art. 10.

Todavia, para esses agentes entende-se a necessidade de analisar sua responsabilidade modo diferenciado, tendo em vista a redação do art. 13 da lei de combate ao crime organizado: “O agente que não guardar em sua atuação a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.”

4.1.1 Responsabilidade penal

De acordo com a referida lei, a atuação do agente deve respeitar a “devida proporcionalidade com a finalidade da infiltração” sob pena de responder pelos excessos praticados.

Retomando o princípio da Proporcionalidade, que deve balizar a ação do agente infiltrado, é fundamental que a limitação a direitos, liberdades e garantias seja adequada, idônea, necessária e na medida justa (proporcional). Esses critérios buscam assim, estabelecer limites para o estado intervir de forma lícita nos direitos fundamentais e o infiltrado responde pelos excessos por ele praticados caso sua ação não possua a proporcionalidade devida.¹⁰⁰

Percebe-se, portanto, que a Lei se utiliza de um critério puramente subjetivo, qual seja “proporcionalidade”, para aferição da responsabilidade pela atuação do agente infiltrado, o que, apesar de me parecer justo, por permitir maior flexibilidade

¹⁰⁰ FERRO, Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 216-217.

no caso concreto, também pode levar a decisões equivocadas no que diz respeito à punição ou não do agente.

Tal critério de proporcionalidade pode ter sido inspirado no Princípio da Proporcionalidade Constitucional, ou *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, adotado na doutrina alemã. Conforme esclarece Marcelo Mendroni, esse princípio conduz à ideia de que “numa situação real de conflito entre princípios constitucionais, deve-se decidir pelo de maior peso”.¹⁰¹

A despeito da subjetividade legal (quando a lei não prevê claramente quais delitos poderiam ser praticados pelo agente), o legislador, segundo Ferro, foi providencial ao não estabelecer parâmetros para que a própria organização criminosa criasse testes específicos para identificar o infiltrado.¹⁰²

De acordo com o autor Everton Luiz Zanella, existe a possibilidade de o agente infiltrado praticar crimes dentro da organização criminosa, todavia, esclarece que isso não necessariamente ocorrerá, “sobretudo se a infiltração ocorrer numa organização criminosa dos tipos empresarial ou institucional, dentro das quais o indivíduo poderia simplesmente acompanhar de perto os crimes que vêm ocorrendo e assim obter as provas.”¹⁰³

No mesmo sentido esclarece o autor Rafael Pacheco, no trecho destacado a seguir:

“Portanto, nem sempre será necessário praticar crimes, pois pode o infiltrado atuar em diversos níveis da organização, inclusive em uma de suas faces lícitas, pela qual poderá cumprir seu dever sem a necessidade imperiosa de delinquir”¹⁰⁴

Dessa forma, é possível concluir que o agente infiltrado, via de regra, só poderá cometer condutas criminosas em casos extremos, tal como essencial a sua

101 MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 218

102 FERRO, Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 217

103 ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agente e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 207

104 PACHECO, Rafael. *Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 126

proteção individual ou de terceiros, além de se fazer do uso de meios estritamente necessários ao caso e sempre procurar realizar a conduta menos gravosa possível.¹⁰⁵

O risco do agente praticar ou participar de ato delituoso é proporcional ao grau de envolvimento do mesmo com a organização criminosa. Quanto mais próximo do grupo mais chance de se ver obrigado a praticar tais atos para ganhar a confiança do grupo. Essa tese foi defendida por Feitoza Pacheco na vigência da Lei 9.034/95 e fala da exclusão da ilicitude no cumprimento estrito do dever. Outra possibilidade de exclusão de culpabilidade está prevista na Lei 12.850/13 em seu art. 13 parágrafo único que diz: “*Não é punível no âmbito de infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa*”. Assim, embora o agente fosse isento de responsabilidade penal as pessoas da organização criminosa que concorreram para o delito respondem legalmente pelo mesmo.¹⁰⁶

Importante salientar dois exemplos de desvios de conduta que podem ocorrer no decorrer da atividade policial infiltrada, quais sejam o emprego de meios que possam constranger o investigado a prática de crimes, como intimidações ou ameaças, o que conduz inevitavelmente à ilicitude da prova obtida, e a colheita inadvertida de informação para além dos limites da investigação, revelando condutas atinentes à vida privada do investigado que não interessam ao processo.¹⁰⁷

Embora atores como Eugênio Pacelli teça críticas ao dispositivo do agente infiltrado a partir da Lei 12.850/2013 por entender que há excesso e inconstitucionalidade em relação ao Estado de Direito, Souza defende que a infiltração, obedecidos os princípios da eficiência da administração pública e os preceitos básicos da própria prática de infiltração (que busca respeitar as garantias estabelecidas para a persecução penal) é um meio de otimizar a investigação e restabelecer a ordem quebrada em função da prática da organização criminosa sendo portanto, constitucional.¹⁰⁸ Entretanto, esse dispositivo só pode ser deferido quando se esgotarem todas os outros meios de investigação previstos no CPP e já citados

105 SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 121.

106 FERRO, Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 218-220.

107 SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 113.

108 SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às Organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 78-80.

nesse trabalho, quais sejam: quebra de sigilo bancário, fiscal, eletrônico e interceptação telefônica e de dados, numa escala gradual de necessidade

Em conclusão à possibilidade penal, destaco o posicionamento de Flávio Cardoso Pereira:

“la operación encubierta debe estar encaminhada a descubrir el entramado criminal, el delito y la responsabilidad penal de los sujetos involucrados en la organización criminal; y en mérito a la necesidad, proporcionalidad y su vinculación a los fines de la investigación de la actividad el agente está exento de responsabilidad penal. Sin embargo, tal exención de responsabilidad está condicionada a que el agente no provoque el delito.”¹⁰⁹

A doutrina diverge no que diz respeito à natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do policial infiltrado, divergindo entre: i) excludente de culpabilidade; ii) escusa absolutória; iii) excludente de ilicitude; e iv) atipicidade da conduta.

O parágrafo único do art. 13 da Lei nº 12.850/2013, dispõe que “não é punível, no âmbito da infiltração policial, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”. Apesar do caráter *dúbio* do referido artigo, que faz referência tanto à exclusão de punibilidade, bem como à inexigibilidade de conduta diversa, nos filiamos ao entendimento de Renato Brasileiro de Lima, que esclarece ser, em verdade, uma causa de exclusão da culpabilidade, porquanto ao excluir apenas a culpabilidade, subsiste a tipicidade e a ilicitude da conduta, que permite, de acordo com a teoria da acessoriedade limitada, a punição dos demais integrantes da organização criminosa pelas infrações penais praticadas.¹¹⁰

4.1.2 Inferências sobre a responsabilidade civil e administrativa

Importante salientar que, além da responsabilidade penal, o agente também ser responsável pelos seus atos no âmbito cível (responsabilidade cível) e administrativo (responsabilidade disciplinar). Em síntese apertada, diferentemente do que ocorre no âmbito cível e penal, onde quem irá aferir a responsabilidade do agente é o magistrado, no âmbito administrativo o responsável por averiguar a

109 PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente Encubierto y Proceso penal Garantista: Límites y Desafíos*. Tese (doutorado). Programa de doctorado em estado de derecho y buen gobierno: Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012. p. 304

110 LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Especial Comentada*. Volume único. 6. ed. Salvador: juspodvm. 2018, p. 772-773

responsabilidade será o próprio órgão no qual o agente está vinculado, por meio de um processo administrativo.

Todavia, esclareço que para todos os âmbitos de responsabilidade, qual sejam o cível, penal e administrativo, deverá ser observado o critério da proporcionalidade para averiguação da conduta do agente.

No que diz respeito à responsabilidade civil do agente encoberto, vale ressaltar a possibilidade de os atos cometidos pelo agente se caracterizarem como ato de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/92.

De acordo com o texto da Lei retromencionada, a natureza dos atos de improbidade se dividem em 4 (quatro espécies): i) Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito (art. 9º); ii) Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário (art. 10) ; iii) Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário (art. 10-A); iv) Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública.

Analisando a atuação do agente infiltrado à luz da Lei de improbidade Administrativa, é possível aduzir que os atos ímprobos que possuem mais possibilidade de ocorrência no âmbito da infiltração policial são aqueles previstos nos artigos 9º e 10, quais sejam, os atos que importam enriquecimento ilícito e os que atentem contra os princípios da administração pública.

Além disso, cumpre-me ressaltar a lição quanto ao termo improbidade administrativa trazido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública.”¹¹¹

Ainda de acordo com a autora, quando se fala em improbidade administrativa como ato ilícito, fica afastada a sinonímia entre o termo improbidade e imoralidade, pois aquela possui um sentido muito mais amplo e preciso, abrangendo não só os atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. De acordo com a lei de improbidade administrativa, a lesão à moralidade administrativa se

111 PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 899

apresenta apenas como uma das hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.¹¹²

Por fim, em continuação acerca da responsabilidade do agente infiltrado, voltemos à responsabilidade na esfera administrativa. Conforme esclarecido anteriormente, nesta esfera de responsabilidade a aferição da conduta do infiltrado se dará diante de um Processo Administrativo, comumente conhecido como Processo Administrativo Disciplinar (PAD).

Para Flávio Cardoso Pereira, essa modalidade de responsabilidade encontra-se vinculada à constatação de uma ação motivada por uma ausência de respeito à uma ordem hierarquicamente superior. Para o autor, neste caso seria normal que a conduta do agente guarde íntima relação com algum propósito pessoal, ou seja, que venha exclusivamente trazer benefícios próprios a ele, sem qualquer relação com a finalidade da infiltração.¹¹³

Ainda relacionado à Responsabilidade Administrativa ou Disciplinar, se o agente por exemplo quiser sair da missão, desrespeitando a uma ordem hierárquica superior culminando em insubordinação grave, infringindo o disposto no artigo 116 da Lei 8.112/90: “cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais ele responderá por isso, até com seu cargo. Entretanto, no caso de infiltração, os policiais estão sujeitos a riscos, periculosidade, e não seria justo o Estado penalizar o funcionário pela recusa ou desistência de participar de uma operação encoberta. Nesse caso, o artigo 14 prevê que o agente tem o direito de recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada.”¹¹⁴

Conforme esclarecido neste capítulo, resta evidente a conclusão de que a exclusão da responsabilidade do agente infiltrado não é absoluta, sendo passível de mitigação a partir de critérios como o da proporcionalidade e necessidade em sua atuação.

¹¹² *Ibidem*, p. 901

¹¹³ PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente Encubierto y Proceso penal Garantista: Límites y Desafíos*. Tese (doutorado). Programa de doctorado em estado de derecho y buen gobierno: Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012. p. 312

¹¹⁴ FERRO, Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014, p.223

4.2 Limites e perspectivas da operação encoberta

Fica claro que para prevenir abusos é importante um controle da infiltração. No que tange aos limites da infiltração policial estabelecidos pelo Magistrado quando da sua autorização, Souza esclarece que pode haver risco de ingerência do Poder Judiciário na investigação pois esses limites já estão previstos tanto na Constituição como no Código de Processo Penal ou na legislação esparsa.¹¹⁵

Além disso, o agente já deve conhecer sua responsabilidade de respeitar limites impostos na lei e na medida que deferiu a execução da tarefa e evitar cometer delitos, principalmente que envolvam lesão ou ameaça grave dirigida a outra pessoa, embora em algumas situações sabe-se que isso é inevitável.¹¹⁶

Entretanto, vários autores apontam para uma das questões mais polêmicas da Lei 12.850/2013, que versa em seu artigo 13, parágrafo único o seguinte: “Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação quando inexigível conduta adversa.”.

Esse ponto paradoxal vem sendo exaustivamente tratado nesse trabalho pois o agente infiltrado teria o aval do Estado para praticar atos delituosos que deveriam ser reprimidos por este, quando ele se vê compelido a realizar algum crime pela organização. Mas, também esse agente não pode ser simplesmente responsabilizado por utilizar recursos para cumprir a tarefa que lhe foi determinada. Reside aí a dificuldade interpretativa pela subjetividade apontada em se tratando de situações extremas e diferenciadas.¹¹⁷

No que tange à proporcionalidade para o desenvolvimento de uma investigação e produção de prova, esse conceito mostra-se insuficiente para esclarecer a responsabilidade do agente, uma vez que é difícil mensurar o custo X benefício social resultantes das ações praticadas. Segundo o autor, é preciso continuar a discussão do tema para compreender melhor a justificação, exculpação e exclusão de punibilidade do agente infiltrado.¹¹⁸ Nesse sentido, Souza propõe uma

115 SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97

116 SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às Organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 107

117 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p 174

118 *Ibidem*, p. 175-177

reestruturação do modelo legal de infiltração policial em organizações criminosas, com definições mais precisas de organização criminosa, do deferimento e legitimidade da ação, de questões de sigilo e controle interno, dos limites de atuação do agente, registros e relatórios, proteção à identidade e exclusão da ilicitude.

“Para tanto, defende que todos os atos da infiltração policial passem pelo crivo do Poder judiciário por ocasião da persecução penal, momento no qual, através do filtro da Constituição de 1988, com respeito à bilateralidade dos atos processuais e do direito à ampla defesa, será adequadamente feita a valoração dos elementos de prova colhidos pelo agente infiltrado.”¹¹⁹

Ainda no que tange à regulamentação do agente infiltrado, Pacheco afirma que as medidas de segurança pública só serão eficazes se acompanhadas de ações de alcance social, ou seja, investimento no contingente humano da polícia, mais do que em aquisições de viaturas, novas delegacias, promulgação de leis, dentre outros. O crime organizado precisa ser enfrentado para que não comprometa a essência do Estado de tal forma que o estado Democrático de direito, que tem como função resguardar a igualdade, justiça social e garantir direitos humanos fundamentais, não pode se abster de lançar mão de meios preventivos e repressivos, como a infiltração, justificando-se no princípio de proteção do indivíduo sabendo que também é seu dever a eficiência da justiça para que se efetive essa mesma proteção.¹²⁰

119 SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às Organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 142

120 PACHECO, Rafael. *Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá. 2011

CONCLUSÕES

Conforme analisado neste trabalho acadêmico, o agente policial que estiver atuando como infiltrado dentro de uma organização criminosa, assim como os outros agentes públicos, também estará sujeito à responsabilização, caso atue irregularmente.

No que concerne à responsabilização, este projeto científico foi iniciado com escopo de analisar como se daria a responsabilização do agente que, supostamente, atuasse de maneira irregular.

Inicialmente, foi realizada pesquisa jurisprudencial na tentativa de averiguar como o magistrado fundamentava a condenação, ou absolvição, de um ato praticado pelo agente infiltrado, no exercício da infiltração, no âmbito da organização criminosa.

A pesquisa restou infrutífera, visto que, além do instituto não ser muito utilizado pelas autoridades policiais brasileiras, não foi possível encontrar nenhuma jurisprudência que tratasse de sua responsabilidade, o que leva a crer que a responsabilização do *undercover agent* é algo distante da nossa realidade jurisprudencial.

Em razão do insucesso referente à pesquisa jurisprudencial, não restou outro meio senão a pesquisa acadêmica doutrinária e legislativa, buscando textos nacionais e estrangeiros, no intuito de elucidar melhor se existiria a possibilidade de responsabilização e, em caso positivo, quais os critérios utilizados para responsabilização do agente infiltrado.

Analisando a lei que trata das organizações criminosas e seus métodos especiais de investigação, Lei 12.850/2013, nos dirigimos ao art. 13 que diz respeito à responsabilidade do agente.

Em síntese, o artigo aduz que o agente será punido se seus atos não estiverem de acordo com o critério da proporcionalidade, critério este que deverá ser analisado pelo magistrado à luz do caso concreto.

Contudo, entende-se que critérios puramente subjetivos para interpretação da norma regulamentadora (Lei 12.850/2013), tal como conceitos jurídicos indeterminados e inexistência de jurisprudência, como não estabelecem limites claros

de atuação, levam à insegurança jurídica para ambas as partes, tanto para o investigado quanto para o agente policial.

Imaginemos a seguinte situação, o policial, atuando como agente infiltrado, se vê em uma situação onde é ordenado a ele, pelo líder da organização criminosa, que atire em uma determinada pessoa. Em tese, a conduta mais apropriada seria a de o agente informar o responsável pela infiltração para que a situação fosse colocada em pauta numa audiência com a presença do Ministério Público e do Magistrado, para que assim fosse decidido o que deveria ocorrer. Evidentemente, isso não é possível num caso real, logo, o próprio agente deveria decidir de imediato.

Perceba que o agente poderia ficar inseguro em tomar a decisão e ser responsabilizado posteriormente, tal como sua insegurança e hesitação na hora de realizar a conduta, poderia colocar em risco sua identidade policial.

Além disso, é sabido que as organizações criminosas possuem normas próprias e não costumam ser muito compreensivas com aqueles que desobedecem ordens de superiores hierárquicos. Logo, além do receio de ser responsabilizado, o agente correria risco de vida ao não participar de uma empreitada criminosa ou desobedecer a uma ordem.

A título exemplificativo, destaca-se a conduta costumeira da máfia *Yakusa*, onde, caso um membro descumpra uma ordem de seu superior hierárquico, terá pedaços do dedo amputados.

Evidentemente o direito à vida prevalece diante da amputação de um dedo, mas seria justo que um agente fosse responsabilizado caso escolhesse por ceifar a vida de alguém a ter seus dedos amputados?

Dessa forma, fica evidente a insegurança jurídica trazida por normas juridicamente abertas e subjetivas, que permitem ao magistrado total discricionariedade na aplicação de uma suposta condenação ou absolvição.

Essa discricionariedade se deve exclusivamente pelo fato de a responsabilização estar pautada apenas no critério subjetivo da “proporcionalidade”, o que, evidentemente, leva a total insegurança jurídica tendo em vista a gravidade fruto de uma suposta responsabilização, principalmente no âmbito penal.

Conclui-se, portanto, que nossa legislação, apesar de estar evoluindo em relação às técnicas de persecução penal, ainda apresenta diversas técnicas legislativas que levam à insegurança jurídica, a exemplo da possibilidade de responsabilização do agente infiltrado, que é o foco deste trabalho.

Dessa forma, apesar de sermos favoráveis ao desenvolvimento de novas técnicas de investigação para uma efetiva persecução penal, entendemos que o legislador deve observar atentamente o texto da lei que pretende produzir, no intuito de resguardar tanto os investigados como os agentes policiais. E, para atingir esse objetivo de adequação da legislação ao caso concreto, sugere-se que, além de mais cuidado na redação legislativa, sejam ouvidos especialistas em segurança pública e autoridades policiais especialistas no conteúdo da norma que se pretende produzir, pois são eles que trabalham dia a dia com as causas nas quais a legislação será aplicável.

Além disso, de acordo com as etapas da operação de infiltração, acredita-se que por mais capacitado que seja o agente, ele terá dificuldades enquanto sujeito, de assumir uma outra identidade, principalmente em situações de tensão, risco e pressão, inerentes à posição do agente infiltrado. Entende-se assim que a legislação deve incumbir-se também de normatizar uma metodologia de ação, investindo, de forma sistemática, no programa de capacitação, usando inclusive dispositivos interdisciplinares que lhe permitam melhor apreensão da tarefa, aferição de sua capacidade de adaptação a situações adversas, e compreensão de suas condições físicas e psíquicas para tal, dando-lhe apoio necessário ao cumprimento eficaz do seu dever.

REFERÊNCIAS

- BENTO, Ricardo Alves. *Agente infiltrado – Busca pela legitimação constitucional*. In: CUNHA, Rogério Sanches. *Limites constitucionais de investigação*. São Paulo: Revista dos tribunais. 2009. p. 344-355
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado 1988
- BRASIL. Lei 12.850.2013. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm
- BRASIL. Lei nº 12.694 de 24 de julho de 2012. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm
- BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014
- CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2. Ed. São Paulo, Saraiva, 1991
- CUNHA, Rogério Sanches. *MP pode requisitar informações financeiras sobre recursos públicos*. Disponível em:<<http://meusitejuridico.com.br/2017/09/27/mp-pode-requisitar-informacoes-financeiras-sobre-recursos-publicos>>. Acesso em: 05.set.2018
- FEITOZA, Denílson. *Direito Processual penal: teoria, crítica e prática*. 6 ed. Niterói: Impetus, 2009
- FERRO, Ana Luiza Almeida. *Criminalidade Organizada: comentários à Lei 12.850/2013*. Curitiba: Juruá, 2014
- GASPARI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1117
- GRENNAN, Sean. *Organized crime: a worldwide perspective*. New Jersey: Pearson Education, INC. 2006.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2017

HOFFMANN, Henrique. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. 2 ed. Salvador: ed. Juspodivm. 2018

JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2016

KENNEY, Denis Jay. *Organized Crime in America. United States of America*: Wadsworth Publishing Company, 1995

KNOPLOCK. Gustavo Mello. *Manual de Direito Administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

LIMA. Renato Brasileiro. *Legislação Especial Comentada*. Volume único. 6. ed. Salvador: juspodvm. 2018

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012

MORAES, Alexandre de. *Direitos Constitucional*. 34. ed. – São Paulo: Atlas.

MORAES, Fábio Trevisan. *Direito Fundamental à segurança pública e políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>>. acesso em: 27.abr.2018.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Atlas 2015

MONTOYA. Maria Daniel. *Máfia e crime organizado: Aspectos legais; autoria mediata; responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder; atividade criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

PACHECO, Rafael. *Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011

PEREIRA, Flávio Cardoso. *A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência*. In: CUNHA, Rogério Sanches. *Limites constitucionais de investigação*. São Paulo: Revista dos tribunais. 2009. p. 98-121

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente Encubierto y Processo penal Garantista: Límites y Desafíos*. Tese (doutorado). Programa de doctorado em estado de derecho y buen gobierno: Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2016.
TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 10. Ed. Salvador: Juspodivm. 2015.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Delação Premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais. Retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

SANCHES CUNHA, Rogério. *Crime organizado – comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei 12850/2013*. 2. ed. Salvador: Juspodvim. 2014.

SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. *Inquérito policial: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual*. Salvador: JusPODIVM. 2018.

SOUSA, Marllon. *Crime Organizado e Infiltração Policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas: 2015.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Separação, violência e danos morais – tutela da personalidade dos filhos*. São Paulo: Paulistana Jur, 2004

ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agente e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2016

ZANIN, Viviane Afonso. *A infiltração de agentes policiais como meio de obtenção de provas contra o crime organizado: uma análise à luz da lei nº 12.850/2013*.

Disponível

em:<<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42304/66.pdf?sequence=1>>
Acesso em: 28.abr.2018

ZULMAR, Fachin. *Acesso à água potável. Direito fundamental de sexta dimensão*. São Paulo: Millennium, 2011.

WRIGHT, Alan. *Organized Crime. United States of America*: Willan publish, 2006.